

Valor de la Jurisprudencia en la elaboración científica del Derecho

SUMARIO: I. Introducción.—II. El método de investigación y la realidad jurídica.—III. El método de investigación y la dimensión prudencial del Derecho.—IV. Naturaleza y función de la *prudentia iuris*.—V. Valor metodológico de la casuística.—VI. Valor metodológico de la jurisprudencia.—VII. El método de investigación y la finalidad de la ciencia jurídica.

I

INTRODUCCION

Entre un determinado oficio intelectual y el campo de la realidad en que ese oficio se desenvuelve hay una relación tan íntima que la referencia a cualquiera de tales términos lleva necesariamente a hablar del otro, puesto que la naturaleza de un saber depende de su objeto en cuanto éste se constituye en tema de conocimiento, y a la vez la realidad que se hace objeto del saber llega a nosotros no tal como es en sí sino como noticia o término de una actividad intelectual. El interés por el problema del método de investigación del Derecho resulta así justificado por una radical desconfianza respecto de la adecuación del conocimiento a la realidad. Esto, que en general es propio de cualquier ciencia, lo es de modo muy particular de la ciencia jurídica, ya que su tema central es la justicia, y ésta, como forma social del comportamiento humano, es esencialmente problemática.

Este carácter íntimamente problemático de la realidad jurídica se manifiesta de modo muy acusado en el orden de la aplicación del Derecho, donde se desconfía del valor de una sola decisión y se trata por ello de garantizar el acierto del juicio mediante la oportunidad de sucesivas revisiones en diversas instancias. Desde el nivel del conocimiento científico no cabe obtener una versión de la realidad tan directa como la que se tiene en el orden del conocimiento prudencial, y por otra parte, la tarea científica no está comprometida de la manera que lo está el oficio judicial en la suerte de esa situación completamente singular que es el litigio.

Esta distancia entre el plano de la investigación científica y el plano de la aplicación del Derecho (1), y por otra parte, la propia naturaleza del quehacer científico, cuya misión no es realizar la justicia, sino analizar y exponer teóricamente el sistema de normas y principios que conducen a su realización, puede explicar el riesgo constante que acompaña a la ciencia jurídica de quedar inmersa en su propia trama nocional y perder de vista un aspecto importante de la realidad que constituye el campo de su investigación. En este sentido se ha observado que «la ciencia jurídica, si quiere seguir mereciendo este nombre, ha de volver a la investigación de la realidad misma del Derecho, estudiándolo en su escueta dimensión de fenómeno social que es, con los métodos apropiados para lograr el conocimiento de la verdad del Derecho» (2).

II

EL METODO DE INVESTIGACION Y LA REALIDAD JURIDICA

Hay un aspecto importante de la realidad jurídica que parece haber quedado oculto a los planteamientos generalmente adoptados en la metodología jurídica contemporánea. En el mejor de

(1) Cfr. Díez PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, pág. 23.

(2) ALVAREZ SUAREZ, V., *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1966, págs. 20-21.

os casos, como sucede en los empeños metodológicos más recientes, se reconoce la insuficiencia del método dogmático y la necesidad de una aproximación de la ciencia a la realidad; a este empeño responden todas las direcciones que han puesto de relieve los varios aspectos de esta realidad que trascienden a una consideración normativista del Derecho: los intereses, la naturaleza de las cosas, la valoración de los fines, la decisión judicial. Pero la estimación de estos aspectos, exagerada muchas veces con detrimento de la importancia fundamental del orden normativo, no ha encontrado generalmente un lugar adecuado en el marco metodológico de la ciencia. Parece como si la necesaria valoración de estos aspectos de la realidad pudiera comprometer la dignidad de la actitud científica o implicar una mengua del rigor y coherencia que acompaña a los primeros planteamientos sobre el método jurídico. Si hoy es unánime la repulsa del método dogmático, subsiste, sin embargo, al seguir otras direcciones metodológicas, la actitud de independencia que anima a la *Begriffsjurisprudenz* al suponer que la ciencia jurídica le basta para cumplir su misión aplicar «sus propios métodos». Es quizá esta actitud la que ha impedido durante tanto tiempo al pensamiento científico penetrar en esa zona concreta de la realidad jurídica gobernada por la *prudentia iuris*.

La utilización de los diversos factores metodológicos se ha centrado entre nosotros en un juicio práctico de valoración «que ha de ser llevado a cabo haciendo un uso constante de la prudencia», a cual se considera necesaria no sólo en la elaboración y en la interpretación de las leyes (a través de la jurisprudencia de los tribunales), sino también en la tarea científica de investigación del Derecho (3). Este modo de proceder pone al descubierto un aspecto básico del problema del método y abre la perspectiva de conocimiento propia de la ciencia al plano de la realidad jurídica propio del conocimiento prudencial. Sólo una actitud científica animada por la virtud de la prudencia está capacitada para intervenir en el orden de la ciencia los resultados de la *prudentia iuris*.

En rigor, la experiencia jurídica singular es inaccesible al conocimiento científico, puesto que éste es por su naturaleza un saber teórico y se mueve necesariamente en un plano de principios y no-

(3) BELTRÁN DE HEREDIA, P. *Reflexiones en torno al método jurídico*, «Revista de Derecho Privado», 1961, pág. 706.

ciones de carácter geseral. Se puede decir que entre el plano de la ciencia jurídica y el de la *prudentia iuris* hay una distancia insalvable, y que, por tanto, la mentalidad científica, aun cuando esté animada por un sentido de prudencia, no puede acceder al nivel de conocimiento propio de una tarea jurídica prudencial. Con ello no se quiere decir, como es obvio, que la ciencia se deba desinteresar de los resultados de esta tarea; tal proceder no se podría mantener lógicamente, puesto que las realizaciones más genuinamente prudenciales—la creación y la aplicación de las normas jurídicas—son los datos elementales que sustentan el conocimiento científico. Se trata sencillamente de subrayar que el método científico no permite por si solo una comprensión total de la realidad jurídica. Reconocido este limite, se hace necesario dirigir el conocimiento, más allá del punto en que el método científico se detiene, al campo de las decisiones jurídicas singulares; puesto que la ciencia no puede desconocer este aspecto de la realidad y dado que para conocerlo no es idóneo el método científico, se deberá reconocer a'guna forma de aproximación de la ciencia a ese sector de la realidad jurídica dominado por la *prudentia iuris*.

El problema del método de investigación resulta así inicialmente determinado por estas dos proposiciones: a) si el método de investigación científica se desenvuelve en un plano de nociones teóricas y si éstas nociones implican, por la propia naturaleza del objeto del Derecho, una referencia a la realización de la justicia, el primer postulado del método de la ciencia jurídica será la ancilar vinculación de la teoría a la realidad jurídica; b) si determinados aspectos de la realidad jurídica trascienden el plano teórico de conocimiento propio de la ciencia, se habrá de reconocer la dependencia del método de investigación científica de otras formas de investigación de la realidad jurídica, tales como la filosófica y la prudencial (4).

(4) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, J. M., *La estructura del conocimiento juridico*, Pamplona, 1963.

III

EL METODO DE INVESTIGACION Y LA DIMENSION
PRUDENCIAL DEL DERECHO

Ha quedado apuntada anteriormente la distancia entre la perspectiva de conocimiento en que se desenvuelve el quehacer científico y aquella otra, más próxima al plano de la experiencia jurídica, en que se mueve la prudencia. Conviene a la naturaleza de la ciencia una forma de conocer ordenada a facilitar en toda su extensión y profundidad la comprensión de la realidad. A la prudencia, en sentido estricto, corresponde configurar esta realidad con criterios de justicia, tanto en un orden de preceptos generales (elaboración del Derecho) como en un orden de decisiones singulares (aplicación del Derecho). Es claro que la ciencia y la prudencia se comportan ante la realidad de modo bien distinto, de acuerdo con la función respectiva que les atañe. De aquí que una cierta distancia entre ambas deba existir siempre necesariamente. Sin embargo, esta natural diferencia en el modo de conocer, impuesta por la diversa función de una y otra, no postula una absoluta independencia, aunque de hecho se haya producido la separación al sobreestimar el valor de las decisiones singulares, como reacción frente a los abusos del conceptualismo, o al centrar todo el empeño de la tarea científica en la perfección lógica de un sistema que inicialmente ordenado a la explicación de la realidad acaba alejándose de ella (5).

Desde el lado de la ciencia se reconoce hoy la necesidad imperiosa de una aproximación a la realidad. A este respecto importa especialmente ponderar el interés que ofrece desde un punto de vista científico el campo de la experiencia jurídica gobernado por la prudencia. Conviene a tal fin considerar: a) en qué consiste el

(5) El sistema, como instrumento teórico, ha de mantenerse para responder a la finalidad de la ciencia en adecuación constante con la realidad. En este sentido señala ALVAREZ SUÁREZ, V, *Conjetura y verdad histórica*, en el libro de *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, I, Madrid, 1959, pág. 13, que los conceptos jurídicos «sólo están legitimados si han sido obtenidos sobre datos reales, en un proceso de abstracción y clarificación que no les divorcie en momento alguno de la realidad de la que son expresión».

oficio de la prudencia y de qué modo interviene en la conformación de la realidad jurídica; b) en qué aspecto concreto o bajo qué perspectiva formal interesa a la ciencia jurídica el conocimiento de ese sector de la realidad dominado por la prudencia; c) qué camino es más adecuado a la naturaleza de la ciencia para intentar la aproximación a esa realidad.

Señala Pieper en su conocido estudio sobre la prudencia cómo una de las acepciones dominantes de la palabra en el lenguaje vulgar viene a identificar esta virtud con una suerte de habilidad para eludir el bien (6). La acepción quizá más corriente la presenta como un hábito de signo contrario a la precipitación en la conducta o en el juicio, o también cómo una actitud defensiva y conservadora, enemiga del riesgo, proclive a la inhibición, fuente de indecisiones. Nada más lejos del significado positivo que tiene esta virtud entre los clásicos, que la consideran como virtud clave del comportamiento humano, en tanto que de ella depende la rectitud de las acciones. En este sentido, la prudencia no se refiere tanto al fin de las acciones como al acierto en la elección de los caminos y medios que conducen al fin de cada acción (7). Y así, puede considerarse como un ingrediente esencial de toda tarea metodológica. Antes apuntábamos este significado al ponderar la necesidad de la prudencia en toda actividad jurídica, también en la investigación científica del Derecho.

La importancia de la prudencia en el orden jurídico se comprende si se tiene en cuenta que es ella como «proa inteligente» de la justicia (8), la que configura ese orden. De tal modo, se puede hablar sin hipérbole de una dimensión prudencial del Derecho.

IV

NATURALEZA Y FUNCION DE LA «PRUDENTIA IURIS»

La metodología contemporánea no ha explicado de manera satisfactoria el proceso de aplicación del Derecho; es decir, el trán-

(6) PIEPER, J., *La prudencia*, Madrid, 1957. trad. de M. GARRIDO, págs. 59 y sigs.

(7) PIEPER, *La prudencia*, pág. 75

(8) Cfr. PIEPER, *La prudencia*, pág. 100.

sito desde el plano de conocimiento de los preceptos generales al de la decisión judicial. La controversia metodológica es precisamente una constante tensión dialéctica entre dos planteamientos radicales: el racionalismo y el voluntarismo. En el primero se desconoce la fuerza configuradora de la prudencia sobre la realidad jurídica. En el voluntarismo se exagera el valor configurador de la decisión al no reconocer esa impronta intelectual de la virtud de la prudencia que aleja la decisión de la zona de los actos arbitrarios. La doctrina de los clásicos sobre la prudencia permite explicar de modo coherente—al menos, de modo más coherente que lo ha hecho el pensamiento jurídico moderno—la conexión entre el orden normativo y el plano de las decisiones.

Los clásicos consideran la prudencia como un acto de naturaleza intelectual. Es, en el sentido más estricto, una forma de conocimiento, pero de conocimiento práctico, no teórico. El orden de las verdades prácticas en que se mueve la prudencia supone una correspondencia con la realidad distinta de esa otra conformidad del intelecto con la real propia de la verdad especulativa. MARTÍNEZ DORAL señala que «la verdad en lo práctico ha de ser cosa distinta de esta conformidad, porque 'lo real', a lo cual habría de conformarse el entendimiento, no existe todavía», ya que «la razón práctica no tiene por oficio especular con objetos, sino todo lo contrario: realizarlos». Y el mismo autor indica que «como no hay posibilidad en este caso de que la razón se acople a una cosa ya hecha (pues es ella justamente la que tiene que hacerlo), su rectitud y acierto sólo puede provenir de la adecuación de la razón con su principio directivo; es decir, con la tendencia impulsora de la voluntad que mueve a obrar» (9). No cabe suponer que la verdad práctica que se contiene en una decisión prudencial posea un grado de certeza *inferior* al de la verdad especulativa; tanto una como otra implican una disposición abierta y diligente de la mente hacia la realidad, que en un caso se detiene en la contemplación de esta realidad (verdad especulativa), y en otro, trata de fundar sobre la posesión intelectual de la realidad el valor objetivo de la decisión (verdad práctica) (10).

(9) MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, pág. 86.

(10) Según PIEPER, *La prudencia*, pág. 83, «el sentido de la virtud de la prudencia es que el conocimiento objetivo de la realidad se torne medida del obrar; que la verdad de las cosas reales se manifieste como regla de la acción».

Esta naturaleza intelectual de la prudencia la sustrae del dominio de los actos irracionales; pero en vano se pretendería encontrar en la resolución prudencial una seguridad «teórica» sobre el acierto de la decisión, que es, como dice PIEPER, la ilusión latente en la sobrevaloración de la casuística (11). La inseguridad que acompaña a la decisión prudencial deriva de la naturaleza de su objeto, que es algo concreto y singular, y de su función creadora, por la que se introduce en la realidad humana algo nuevo; de aquí, la tendencia a presentar las decisiones prudenciales como verdades relativas (12), actitud que refleja el intento vano de establecer una correlación del juicio prudencial con algo dado previamente o de medir el acierto del juicio singular por una regla de valor universal.

La adecuación con la realidad que se propone a la prudencia no se obtiene sin una decisión: ésta constituye el objeto de la virtud. Y en este punto aparece el riesgo, inherente a la práctica de la prudencia, de tomar una decisión errada. El afán de perfección que late en el espíritu humano puede llevar, por un deseo desmedido de garantizar el acierto, a retrasar una decisión que ha de tomarse dentro del marco concreto de unas circunstancias determinadas, entre las cuales se perfila con características muy acusadas el tiempo oportuno en que la decisión ha de tomarse; de suerte que dejar la decisión para otro momento puede constituir un acto de imprudencia. Este riesgo de la decisión prudencial, en cuanto supone un serio compromiso de la propia libertad y responsabilidad, puede conducir a la inhibición (13).

En la dimensión creadora de la prudencia reside sin duda el aspecto más importante de esta virtud desde el punto de vista de la ciencia. Los resultados de la prudencia en el plano de la experiencia jurídica singular entran en la perspectiva de la ciencia

(11) Cfr. PIEPER, *La prudencia*, pág. 90.

(12) Cfr. DEL VECCHIO, G., *La verità nella morale e nel Diritto*, 3.^a ed., Roma, 1954, pág. 47.

(13) Tal actitud, contraria a la naturaleza y al oficio de la prudencia, está expresamente sancionada en nuestro Código civil al disponer su artículo 6.º, párrafo 1.º, que «el Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad». En cierto modo, y sin necesidad de considerar la jurisprudencia como fuente de Derecho, el legislador parece suponer, al establecer tal sanción, que alguno de los tres supuestos enunciados—silencio, oscuridad o insuficiencia—aparecerá siempre en la situación de conflicto que postula la acción creadora de la prudencia judicial.

como una parte vivísima de esa realidad problemática que es la justicia. La prudencia «no se limita a una interpretación teórica de la realidad jurídica, sino que interviene en ella, dándole nueva configuración e introduciendo en ella nuevas normas» (14). La ciencia asiste pasivamente desde un nivel especulativo a ese acontecer vital de la justicia por los caminos que va trazando la prudencia. Es claro que el conocimiento directo de la realidad jurídica singular y la conformación de esta realidad, según criterios de justicia, corresponde exclusivamente a la *prudentia iuris*. Pero los resultados del oficio prudencial, en cuanto configuran con una nueva imagen la realidad jurídica y cambian, por tanto, los datos —y con ellos los planteamientos— del conocimiento generalizador, se han de integrar, mediante una observación constante de ese campo en que se desenvuelve la prudencia, en los supuestos que constituyen la trama sustancial del conocimiento científico.

Hasta aquí hemos intentado exponer en líneas generales en qué consiste el oficio de la prudencia y de qué modo su función creadora importa a la ciencia jurídica para mantenerse vinculada al plano de la realidad jurídica singular, que la ciencia, por su propia naturaleza, no puede conocer directamente. Queda por ver los medios de que dispone la ciencia para llegar al conocimiento de esa zona de la realidad, y a este respecto es interesante analizar las posibilidades que le ofrecen la casuística y la jurisprudencia.

V

VALOR METODOLOGICO DE LA CASUISTICA

El interés despertado en el pensamiento jurídico moderno por las llamadas teorías realistas del Derecho se ha traducido desde el punto de vista de la metodología en una revalorización de la casuística. En general, este término se utiliza con escaso rigor, asociándose principalmente a una mentalidad jurídica conformada por el positivismo judicialista y contraria al pensamiento sistemático. En nuestra doctrina civilista, el término se emplea principal-

(14) MARTÍNEZ DORAL, op. cit., pág. 91.

mente para designar el método didáctico que permite corregir las desviaciones de una enseñanza que por mucho tiempo ha sido entre nosotros, y así se suele reconocer, excesivamente dogmática (15).

Con propósito más amplio ha defendido D'ORS la aplicación de un método casuístico a la investigación del Derecho. Si los juristas, dice D'ORS, quieren recuperar su dignidad de «verdaderos jurisprudentes, formuladores de los criterios de lo justo y de lo injusto, es necesario que recobren la conciencia de que el casuismo constituye el verdadero método de la jurisprudencia» (16). Precisamente por considerar que el objeto del juicio es siempre el caso concreto, toda labor jurídica será eminentemente casuística, por lo que el más adecuado método de investigación, e incluso de exposición del Derecho, será el casuismo (17), lo que se extiende también al ámbito de la enseñanza, respecto al cual sostiene D'ORS: «no es la sistemática jurídica, con su deficiente método dierético y canónico, la que puede servir a ese fin educativo, sino que tal educación se consigue mejor, y diría que únicamente por medio del aprendizaje de una rica casuística. Una vez más insistimos aquí en que el verdadero método jurídico es el casuístico, porque sólo del caso concreto cabe predicar la justicia o injusticia, y en eso consiste fundamentalmente la actividad dictaminadora del jurisconsulto» (18). Se proyecta en esta actitud metodológica la tesis del autor sobre el valor axial de la función del Juez en el proceso de creación del Derecho (19).

En nuestra opinión, la justicia o injusticia no sólo se predica del caso concreto, sino también del ordenamiento jurídico respecto a la realidad social. Mas aún dando por válido el planteamiento de que la justicia se realiza, en el sentido más estricto, dentro del

(15) Cfr. Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, pág. 20.

(16) D'ORS, *Per una interpretazione realista dell'art. 6.º del Codice civile spagnolo*, «Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma», 1962, núms. 38-39, pág. 10.

(17) D'ORS, *Principios para una teoría realista del Derecho*, «Anuario de Filosofía del Derecho», 1953, págs. 328-329.

(18) D'ORS, *Discurso inaugural* (Apertura del curso académico 1955-1956 en la Universidad de Santiago de Compostela), pág. 25.

(19) Para la recta comprensión de esta tesis y, en particular del sentido en que D'ORS habla de «casuismo», etc., cfr. *De la «prudentia iuris»*, a la «*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*», «Información jurídica», 1947, pp. 63-82; y ahora, su obra fundamental *Derecho privado romano*, Pamplona 1918, pp. 2, 7, 28, 106.

marco de las situaciones jurídicas singulares, de ello no se sigue necesariamente que el método de investigación científica deba ser casuístico. Se podría incluso admitir con Gray que las decisiones de los Tribunales constituyen «el dato primario sobre el que la ciencia jurídica debe trabajar» (20), en cuya hipótesis se debería concluir que la tarea de la ciencia comienza precisamente donde termina la tarea de los Tribunales. De tal suerte, la ciencia podría optar por uno de estos dos caminos: a) convertirse en casuística, como una forma *teórica* del conocimiento dominada por la inducción y orientada a la preparación de los oficios forenses; b) vertebrarse como una «ciencia de principios»—no necesariamente axiomatizante—mediante un trabajo de crítica y construcción sistemática más allá de las posibilidades que ofrece la inducción.

Ni siquiera para los fines propios de la actividad judicial constituye en principio la casuística un método más aconsejable que el método dogmático (21). Si la decisión judicial supone ciertamente la creación de una norma particular (22), es claro que esta norma no podrá ser predeterminada desde el plano del conocimiento especulativo; desde este plano, la actividad prudencial podrá ser orientada indistintamente, tanto por criterios de analogía sobre la base de un repertorio más o menos amplio de casos como por un dictamen de principios y normas generales. Seguir uno u otro camino dependerá en última instancia de la organización jurídica en que se desenvuelva esa actividad.

La sobreestimación de la casuística en el realismo es un fenómeno muy semejante al del valor exagerado atribuido a la construcción sistemática en la metodología normativista. Si los abusos dogmáticos han alejado a la ciencia de la realidad, de modo semejante la mentalidad casuística puede conducir a una «racionalización» de la prudencia: lo que ésta tiene de conocimiento vivo y capacidad creadora ante las situaciones jurídicas singulares

(20) Cfr. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, págs. 32-33.

(21) Es frecuente dar por supuesto que el casuismo constituye la forma más genuina de aproximación al campo de la actividad judicial, cuando lo cierto es que «los juicios de la casuística, como los de cualquier otro tipo de saber moral universal, permanecen por necesidad en el plano de lo inconcreto» (MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento*, pág. 95).

(22) En el sentido que se indica más adelante. Con otra significación se habla también de la decisión judicial como norma jurídica individual. Por ejemplo, Kelsen, *Was ist juristischer Positivismus?*, «Juristenzeitung», 1965, pág. 466.

puede ir debilitándose progresivamente por la fuerza de los precedentes. Si el procedimiento de subsunción lógica se considera insatisfactorio porque deshumaniza el litigio, no ofrece mejor suerte la mentalidad judicial que se debate entre el recurso a la analogía y la espontaneidad de criterio sin norma objetiva en la que anclar la decisión.

Desde el punto de vista del método de investigación, la casuística no ofrece a la ciencia una perspectiva inédita de la realidad jurídica; puede ilustrar a la ciencia con ejemplos, pero no enriquecer y transformar los supuestos reales del conocimiento científico.

VI

VALOR METODOLOGICO DE LA JURISPRUDENCIA

Si entre los diversos afanes de la metodología jurídica actual hay una nota sobresaliente por encima de todas las divergencias de opinión, esta nota es sin duda la estimación de las decisiones judiciales como un aspecto de la realidad jurídica que la ciencia no puede desconocer. Este tema ocupa un primerísimo plano en los estudios más recientes sobre el método jurídico. Los trabajos publicados en estos últimos años sobre la aplicación del Derecho y el valor de la jurisprudencia reflejan un estado de opinión abiertamente hostil a la mentalidad normativista dominante en la metodología del siglo XIX.

Ejemplo muy significativo de la importancia que hoy se reconoce entre nosotros a la jurisprudencia son las referencias que se hacen a las funciones de interpretación, integración y corrección del ordenamiento por los órganos jurisdiccionales en el Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil (23). En orden al valor que se reconoce a la juris-

(23) El Proyecto, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (núm. 935, 25 de octubre de 1966) dispone en la primera de las bases: «Se enunciarán, de modo directo y sistemático, las fuentes del Ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta aquellas directrices que, ya recogidas en el Código, se mantienen inalteradas, así como nuevas y autorizadas elaboraciones de la doctrina adaptadas a la realidad social. En tal sentido se ponderará el doble significado, informador y supletorio, de los principios generales del Derecho y el innegable valor complementario que en materia civil corresponde a la jurisprudencia».

prudencia, el Proyecto responde, con todas las matizaciones que se quiera, a un estado de opinión general en nuestra doctrina científica (24). No es necesario que la jurisprudencia se incluya entre las fuentes del Derecho para convenir en que ha de ser «entendida y utilizada como un factor metodológico de infinita riqueza y totalmente necesario para la investigación del Derecho» (25). Este es precisamente el aspecto que ahora importa destacar.

Afirmábamos, al exponer los límites del método de investigación, la necesidad, generalmente admitida, de una aproximación de la ciencia a ese campo de las decisiones singulares al que el método científico no puede acceder directamente. El medio para lograr esta aproximación ha sido apuntado por HERNÁNDEZ GIL al ponderar que si la labor científica, por estar dirigida a la elabo-

dencia, ausente hasta hoy en el texto de nuestro primer Cuerpo legal, ya que no de otros preceptos de nuestro ordenamiento y del *usus fori*» (base primera). Más importancia que esta referencia tiene la exigencia formulada en la base segunda: «Se establecerán aquellos criterios fundamentales para la interpretación de las normas que sin hallarse formalmente determinados por el Código en su título preliminar, han sido inducidos por la jurisprudencia y elaborados por la doctrina. Asimismo, con prudente flexibilidad, habrá de preverse la investigación integradora y aun correctora, delimitando el campo de aplicación de la analogía y de la equidad»

(24) La bibliografía española es muy amplia. Entre los trabajos más importantes: CLEMENTE DE DIEGO, F., *El método de la aplicación del Derecho civil*, «Revista de Derecho Privado», 1915, págs. 258 y sigs.; 1916, págs. 285 y sigs.; *La jurisprudencia como fuente de Derecho*, Madrid, 1925; *Método en la decisión de los casos controvertidos ante los Jueces y Tribunales*, Madrid, 1940 (un amplio resumen de este discurso en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 169, 1941, págs. 125 y sigs.); DE CASTRO, *Derecho civil de España. Parte general*, I, Madrid, 1955, págs. 550 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2.ª ed., Madrid, 1954; PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, 1951; *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1953, págs. 41-57. Al reconocimiento de la dimensión creadora de la jurisprudencia en nuestra doctrina científica han contribuido de modo muy notable los estudios de J. PUIG BRUTAU y A. D'ORS, que se destacan justamente como representantes más caracterizados del realismo jurídico español. Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *Las teorías realistas del Derecho*, en el volumen II de los *Estudios en homenaje del doctor Serrano y Serrano*, Valladolid 1965, págs. 65-79. A los estudios citados se añade ahora la obra fundamental de Díez PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, anímaca, como dice el autor en el Prólogo por «la preocupación constante por comprender lo que el Derecho sea y por tratar de establecer, aunque sea de modo intuitivo, la inaprehensible relación entre el Derecho cristalizado en los textos legales y el Derecho que incesantemente se realiza en las decisiones de los casos».

(25) BELTRÁN DE HEREDIA, P., *Reflexiones en torno al método jurídico*, página 705.

ración de un sistema, ha de propender a la generalización, ello no excluye la importancia que tiene también para ella el análisis de los supuestos de hecho: «La generalización entraña una superación del casuismo de la vida real, así como también de aquel casuismo más mitigado que todavía se encuentra en las normas. Pero la generalización será tanto más eficiente cuanto más amplia y profundamente aparezca asentada sobre un análisis de los supuestos de hecho contenidos o implicados en las normas. Concibiendo las actividades jurídicas en una relación de concurrencia para la elaboración del Derecho y el cumplimiento de sus fines, fácilmente se comprende que la actividad científico-jurídica tiene que proseguir la tarea emprendida por la actividad legislativa. Si a virtud de ella se han previsto y enunciado supuestos, es claro que el cultivador de una ciencia jurídica particular—el civilista—no cumple su cometido reproduciendo los supuestos tal como aparezcan en las normas. Precisa inquirir sus matices, determinar sus facetas, llevar a cabo un análisis individualizador, que representa una verdadera explanación de este importante aspecto de la norma. Para ello es indispensable esforzarse en conocer y comprender la realidad social. Pero el esfuerzo intelectual o imaginativo no basta. La cambiante multiplicidad de los hechos frustra los más acabados cálculos. De ahí la importancia de una estrecha colaboración con la jurisprudencia: ésta brinda a aquella un insustituible material» (26).

Se reconoce aquí el notable valor crítico que tiene la jurisprudencia en la elaboración científica del Derecho. Sin embargo, cabe todavía subrayar más enérgicamente el valor creador de la jurisprudencia; no aludimos a su posible consideración como fuente del Derecho, sino a su papel activo en el proceso de «realización» del Derecho y, por tanto, en la configuración de la realidad jurídica. No se trata simplemente de que la tarea de la ciencia sea facilitada por las posibilidades críticas de concreción del ordenamiento que brinda la jurisprudencia, ni tampoco de llegar a un conocimiento más profundo y matizado del que ofrece la contemplación directa de los textos legales. Se trata de llegar al conocimiento de la realidad jurídica; conocimiento que no cabe obtener

(26) HERNÁNDEZ GIL, A., *Algunos problemas metodológicos*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XII, Madrid, 1961, pág. 31

simplemente a través del estudio de las fuentes del Derecho (en el sentido usual de la expresión), puesto que éstas constituyen tan sólo un aspecto parcial de aquella realidad.

La importancia de la jurisprudencia en la elaboración científica del Derecho no puede ser precisamente valorada si se pierde de vista su dimensión creadora. Acaso la doctrina científica de los países organizados políticamente bajo el predominio de la ley no ha tomado clara conciencia del fenómeno de transformación profunda que se está operando incesantemente en el seno de su organización jurídica por obra de la jurisprudencia.

Precisar el sentido en que la ciencia ha de valorar los resultados de la jurisprudencia requeriría un análisis más detenido y profundo de lo que aquí podemos intentar sobre cómo se produce esa «inaprehensible relación» entre el Derecho cristalizado en los textos y el Derecho que se realiza en las decisiones (27).

El sentido de esta relación se enfoca todavía con una mentalidad en exceso normativista, situando en el plano normativo el centro de gravedad de la tarea de aplicación del Derecho. Estamos acostumbrados a contemplar la jurisprudencia como un elemento en cierto modo «circunstancial» de la ley, de «valor complementario», como se dice en el citado Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código. El valor científico de la jurisprudencia se cifra principalmente en la posibilidad de «explicación de este importante aspecto de la norma» que es el supuesto de hecho. En la doctrina alemana actual, frente a la explicación del fenómeno de aplicación del Derecho como una tarea de subsunción lógica, se subraya la importancia de la idea de concreción de las proposiciones jurídicas (28) a través de la actividad judicial, pero en general con esta idea no se acierta a explicar en su plena significación la dimensión creadora de la jurisprudencia (29). Entre nosotros puede considerarse dominante

(27) Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, pág. 21.

(28) El término concreción no siempre responde a una orientación realista de la actividad judicial. Así, por ejemplo, Kelsen, *Was ist juristischer Positivismus?*, «Juristenzeitung», 1965, pág. 465: «Die Setzung individueller Rechtsnormen ist die spezifische Funktion der Gerichte. Indem diese einen Konkreten Fall in Anwendung einer generellen Rechtsnorm entscheiden, ist ihre Entscheidung eine individuelle Rechtsnorm: die Individualisierung oder Konkretisierung der angewendeten generellen Rechtsnorm».

(29) COING, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950 (trad. esp. de J. M. MAURI, Barcelona, 1961); ENGEL, K., *Die Idee der Konkretisierung in*

la explicación de la tarea judicial como «un desarrollo esencialmente individualizador de la norma» (30).

En tales términos el fenómeno de aplicación del Derecho como actividad creadora no parece correctamente planteado. Entiéndase bien que al apuntar este defecto de planteamiento no estamos proponiendo la desvinculación del Juez de los preceptos del Ordenamiento jurídico, que es la tesis que inspira los empeños metodológicos del signo voluntarista. Lo que tratamos de subrayar es la conveniencia de un enfoque del fenómeno de la aplicación del Derecho desde el punto de vista de un conocimiento prudencial, en el que ciertamente entra como dato fundamental el Derecho que deba servir de base a la decisión. Lo importante es que, tal como se produce la decisión en el plano judicial, no parece que sean las normas lo que determinan el sentido de la decisión, sino que más bien es ésta la que da un sentido preciso, y en cierto modo inédito hasta entonces, a las normas puestas en juego por el juicio prudencial. Lo que se introduce en la realidad jurídica por el oficio judicial no son sólo decisiones singulares, sino también precisiones normativas que, en relación con el sentido de los textos legales «aplicados», constituyen en cierto modo nuevas normas (31).

El juicio no es tanto una individualización o concreción de la norma como una experiencia jurídica singular en la que la situación enjuiciada es punto de partida para una búsqueda de supuestos de hecho semejantes en el ordenamiento. Esta semejanza no siempre se puede establecer de una manera inequívoca; con frecuencia, el hallazgo del supuesto de hecho normativo más próximo al enjuiciado es el resultado de un proceso intelectual en el que aparece implicada una cierta suerte de interpretación; de tal modo, las normas aplicables son seleccionadas según una actividad

Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg, 1953; VIEHWEG, TH., *Topik und Jurisprudenz*, Munich, 1953 (trad. esp. de L. Díez PICAZO, Madrid, 1964); ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956 (trad. esp. de E. VALENTÍ Fiol, Barcelona, 1961); LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960 (trad. esp. de E. GIMBERNAT ORDEIG, Barcelona, 1966).

(30) HERNÁNDEZ GIL, *Algunos problemas*, pág. 30.

(31) Hace notar Díez PICAZO cómo en el proceso vital de cada juicio cabe apreciar una doble tarea: de búsqueda y selección de la norma aplicable, y de interpretación de la norma jurídica adecuada; en esta tarea, dice, «no se ajusta al caso a la norma, sino al revés, esto es, interpretándola, se ajusta la norma al caso» (*Estudios*, pág. 25).

prudencial que en todo momento es intelectualmente guiada por el sentido de la situación (32). La tarea de interpretación que lleva a seleccionar unas normas determinadas por su adecuación a la situación sometida a juicio supone frecuentemente un «hallazgo» de supuestos de hecho (normativos) que en rigor constituyen una aportación del conocimiento prudencial.

La importancia de la función creadora de la jurisprudencia no reside en un pretendido valor jurídico vinculante de fuerza análoga al de las restantes fuentes jurídicas. Su función creadora estriba en el juicio de valor singular que introduce en la realidad. Este juicio es enteramente peculiar; si se pone en correlación con el juicio de valor general, insito en la norma aplicada, se revela como una norma «distinta» y en cierto modo nueva. La importancia que esta norma singular tiene para la ciencia se manifiesta en la relación que tal norma establece entre la norma general y el caso enjuiciado. Esta adecuación, contemplada desde una vertiente dogmática, se nos muestra como una relación cuyos términos («caso» y «norma particular») han de ser integrados en un conocimiento generalizador de dirección inversa a la seguida en el conocimiento prudencial, pues lo que aquí se presenta como término de la actividad intelectual (concreción de la norma general, por así decirlo) es punto de partida en la actividad científica (análisis del «caso» y de la «norma particular») para la tarea de síntesis.

Es claro que la proposición justa que se contiene en la norma general es distinta de la que se propone llevar a cabo la decisión judicial. La norma general pretende una adecuación con un sector de la realidad social considerado con un grado de generalidad semejante al de la propia norma. El juicio prudencial, en cambio, postula una adecuación entre la norma particular que en él se formula y la situación jurídica singular.

(32) A este respecto dice Díez PICAZO: «Suele decirse que la llamada 'aplicación de la Ley' es un ajuste o un encaje de caso concreto en alguno de los supuestos hipotéticos previstos por las normas jurídicas. Pero si uno observa atentamente lo que de verdad ocurre en la realidad que nos circunda, puede ser que cabalmente se llegue a la conclusión contraria, es decir, que al fabricar esa historia que se va a decidir, al traducir a un lenguaje jurídico lo que han contado las partes y los peritos y los testigos, uno esté ya, consciente o inconscientemente, moldeando esa historia para que quepa en alguno de esos hipotéticos supuestos de hecho, que por eso mismo, al ir moldeando con arreglo a ellos los hechos, han dejado ya de ser hipotéticos» (*Estudios*, pág. 24).

La integración de las decisiones singulares en la perspectiva del conocimiento científico permite una comprensión del significado y del valor *real* de las normas generales (33). La virtualidad de las normas generales se pone a prueba en el juicio singular, y éste supone una experiencia enriquecedora del sentido y alcance de la norma general. El conocimiento de la norma general se precisa en un doble sentido: en la determinación de límites del hipotético supuesto de hecho de la norma, y en las nuevas posibilidades de interpretación que se producen por virtud del juicio al situar la norma general en un campo de aplicabilidad definido por la situación enjuiciada.

La aproximación a la realidad que ofrece la jurisprudencia no se realiza directamente en el plano de la interpretación, aunque éste es el aspecto que más frecuentemente se suele destacar en la doctrina, sino que tal aproximación se verifica en lo que la jurisprudencia tiene de *noticia*; es decir, de conocimiento de un aspecto de la realidad jurídica inédito hasta el momento en que se produce el juicio.

Este aspecto de la realidad, implicado en la situación enjuiciada como hecho jurídico singular, sólo puede ser descubierto por el conocimiento prudencial. A esto parece apuntar la definición ulpiana de jurisprudencia al poner como base de la *prudentia iuris* la *notitia rerum* (34).

En las consideraciones anteriores hemos intentado poner de relieve la fecundidad de una actitud metodológica abierta a la consideración de la realidad jurídica singular tal como esta realidad es conformada por las decisiones de la jurisprudencia. De tal modo, como hemos dicho en otro lugar, la jurisprudencia puede ser considerada no ya sólo como una forma ejemplar de interpretación, como «doctrina legal» (*Gesetzlehre*), sino también, sobre todo, como fuente de conocimiento de la realidad, como «experiencia jurídica» (*Rechtserfahrung*) (35).

(33) Cfr. LARENZ, *Metodología*, págs. 205-206.

(34) Cfr. ALVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana*, pág. 100.

(35) Recensión a la obra de J. L. LACRUZ, *El matrimonio y su economía*, en «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», 1964, pág. 650. El interés científico de esta dimensión de la jurisprudencia aparece muy claramente subrayado por Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia*, pág. 35.

VII

EL METODO DE INVESTIGACION Y LA FINALIDAD
DE LA CIENCIA JURIDICA

El método de investigación de un determinado campo o aspecto de la realidad se define en función de la naturaleza del objeto que se trata de investigar y de la finalidad que se propone el intelecto al conocer. Si el objeto del Derecho es la realización de la justicia, cualquier forma de conocimiento de lo jurídico—filosófica, científica o prudencial—deberá referirse necesariamente a este fin. «Esta fundamental referencia a algo realizable proporcional a la ciencia del Derecho uno de sus caracteres más típicamente distintivos. Así nunca podrá decirse de ella que sea una ciencia axiomática, un conjunto abstracto de proposiciones lógicamente deductibles de unos postulados primarios, sino una ciencia orientada hacia el análisis y la resolución de problemas concretos» (36).

Sin embargo, el método no se define sólo por la necesaria referencia a esta problemática realidad. La finalidad que guía al intelecto en el conocimiento de esta realidad conlleva un modo peculiar de proceder al analizarla y describirla, una determinada actitud noseológica. Al exponer el modo de proceder de la jurisprudencia, hemos intentado destacar cómo la tarea intelectual de búsqueda del Derecho aplicable está orientada en todo momento por la exigencia de dar una decisión conveniente—es decir, justa—a una situación jurídica singular. La finalidad de la ciencia no es intervenir activamente mediante decisiones en la configuración de la realidad, sino tratar de explicitar, mediante proposiciones de índole teórica, la realidad jurídica en toda su extensión y profundidad.

La ciencia no se contenta con un conocimiento singular, sino que aspira a obtener un conocimiento general de la realidad. Puesto que el conocimiento de una realidad en la relación de sus varios aspectos singulares es más perfecto que el de cada uno de esos aspectos aisladamente considerado, se comprende la aspiración de

(36) MARTÍNEZ DORAL, op. cit., pág. 59.

la ciencia jurídica por alcanzar, como es propio de todo hábito científico, una dimensión del conocimiento tan amplia como la realidad que constituye el tema de la ciencia. El campo temático de la ciencia jurídica, delimitado por las coordenadas de tiempo y espacio en que se desenvuelve el Derecho positivo, posee tal grado de concreción que la ciencia no puede lógicamente aspirar a un conocimiento universal como el que se propone la filosofía. Pero si puede proponerse alcanzar, como medida de su aspiración, un conocimiento general. La expresión de este conocimiento es el sistema jurídico.

La finalidad de la ciencia del Derecho es la explicación sistemática de la realidad jurídica. Y se comprende, con palabras de HERNÁNDEZ GIL, que hemos citado anteriormente, que la actividad científico-jurídica, «dirigida a la elaboración de un sistema, haya de propender a la generalización». Un sistema no puede construirse sin lógica; el sistema es una creación lógica, y en tal medida logra ser una obra científica. Esta proposición es tan válida hoy como en la metodología del siglo XIX. Únicamente hay que tener en cuenta, como diría KLUG, que «han cambiado las premisas» (37), y con ellas, el planteamiento y el significado del sistema.

Si los datos de la construcción del sistema que se proponía la *Begriffsjurisprudenz* eran fundamentalmente los que ofrecía la concepción positivista del Derecho entonces vigente, hoy se entiende que los datos no son sólo los que ofrece el Derecho positivo, sino también los que se proponen desde la instancia de la filosofía moral en el plano del Derecho natural; si tales datos se presentaban entonces bajo una dimensión estática y normativista, hoy se reconoce que los supuestos de que ha de partir la ciencia jurídica los proporciona no sólo el Ordenamiento jurídico (estáticamente considerado), sino también la actividad judicial; si entonces el planteamiento de la elaboración sistemática del Derecho se hallaba dominado por la idea de que la perfección del sistema ha de cifrarse en su coherencia lógica, inmanente al sistema mismo, hoy la perfección del sistema se mide por su grado de adecuación a la realidad. Si, en suma, el significado del sistema en una concepción positivista estaba determinado por el dogma de la

(37) KLUG, V., *Juristische Logik*, 2.ª ed., Berlín, Göttingen-Heidelberg, 1958, página 5.

plenitud del Ordenamiento jurídico, y se presentaba consecuentemente como un sistema «cerrado», hoy, cuando las premisas han cambiado, cuando se reconoce como base del sistema tanto la relación objetiva entre Derecho positivo y Derecho natural como la continuidad dialéctica entre norma general y decisión jurídica singular (38), ya no cabe seguir hablando de sistema «cerrado». Se deberá hablar de sistema abierto, o simplemente de sistema, el cual, por la propia naturaleza del conocimiento científico, ha de estar abierto a la realidad jurídica en toda su extensión, y, por tanto, a las exigencias de Derecho natural y a los resultados de la función creadora de la *prudentia iuris*.

El sistema, en el sentido de totalidad con que suele utilizarse el término por la doctrina, sólo puede explicarse como una noción relativa a la unidad axiológica que funda el orden de relaciones entre los variadisimos valores y fines que protege el Ordenamiento jurídico. En un sentido lógico, como advierte VIEHWEG «su construcción no se ha realizado nunca, aunque su existencia se presupone usualmente en nuestro pensamiento jurídico» (39). Por otra parte, cuando se habla del sistema en un sentido lógico, conviene tener en cuenta que la lógica no es un modo de proceder exclusivo del pensamiento sistemático, sino de toda forma de pensamiento; en este sentido subraya VIEHWEG que los nombres de los argumentos utilizados por la lógica jurídica (*a simili, a contrario, a maiore ad minus*) proceden de la tópica, lo que se comprende por cuanto ésta no es del todo ajena al conocimiento deductivo, que es la forma de conocimiento más típicamente lógica (40).

ENGISCH ha destacado la importancia de la «unidad de sentido inmanente al Derecho, considerado como un todo» que subyace en la estructura lógica de todo sistema; la cual, por otra parte, no es sólo una construcción de la ciencia, puesto que la conexión lógica de las proposiciones científicas está posibilitada y determinada por el ordenamiento: esta unidad latente en el ordenamiento y mantenida por un sentido de justicia, por la *Rechtsidee*, que se vierte en los conceptos fundamentales, en los principios organizadores, en las instituciones, permite hablar de un «sistema interno» (no me-

(38) Cfr. LARENZ, *Metodología*, pág. 126

(39) VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, pág. 114.

(40) VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, págs. 58-59.

ramente «externo» o expositivo) cuya explicitación constituye precisamente la tarea del conocimiento jurídico (41).

La actualidad de la obra de VIEHWEG, por lo que representa como aportación fundamental a la metodología jurídica, acaso pueda dejar por algún tiempo relegada a segundo plano la importancia tradicionalmente reconocida al pensamiento deductivo en la elaboración científica del Derecho. Pero con todo el interés que tiene la tópica como forma del pensamiento problemático, no cabe pensar que la importancia que ahora se le atribuye llegue a desplazar la función de la lógica deductiva propia del pensamiento sistemático. Nuestra personal actitud metodológica se halla muy distante de cualquier forma de dogmatismo, y nos sentimos muy vinculados en nuestro modo de trabajar al método aporético descrito por VIEHWEG. Pero entendemos que el método de la tópica, al que no es ajeno la más perfecta construcción sistemática, cubre sólo una parte del camino que ha de seguir la actividad científica. El propio VIEHWEG reconoce una relativa continuidad entre el oficio de la tópica y el procedimiento deductivo al afirmar que «la tópica señala cómo se encuentran las premisas; la lógica las recibe y trabaja con ellas» (42). Puesto que el proceder de la tópica supone la vinculación a una situación problemática, y una actitud crítica muy apropiada a los cambios de situación del problema, es natural que la ciencia jurídica proceda según el método de la tópica en la investigación de la realidad jurídica, que considerábamos más atrás como una realidad constitutivamente problemática.

Pero es propio del conocimiento científico establecer proposiciones de validez general, aunque no necesariamente mantenerlas de una manera indefinida. Sin tales proposiciones difícilmente podrían adoptarse «puntos de vista» según el proceder de la tópica. El empleo de la tópica en la investigación científica del Derecho se hace necesario en la medida en que se pretende una constante adecuación del conocimiento a la realidad, sin lo cual ciertamente no se podría mantener el empeño de orientar la tarea de investigación científica a la elaboración de un sistema abierto.

ENRIQUE LALAGUNA.

(41) ENGISCH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, páginas 2, 35, 80, 83, *passim*.

(42) VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, pág. 58.